

ASPECTOS DOGMATICOS DE LA LEY 20771 *

JUSTO LAJE ANAYA

Profesor Adjunto de Derecho Penal en
la Universidad Nacional de Córdoba

Nuestra legislación y los precedentes que la alimentaron no se han destacado por la precisión de lenguaje ni por la regulación de la punibilidad en materia de estupefacientes. Casi podría decirse que se ha pecado por defecto.

En primer lugar, cabe señalar que la voz **estupefaciente** o **sustancias estupefacientes** aparece recién en 1941 en el Proyecto Peco que dedicaba a toda esta compleja y delicada materia, una sola disposición para reprimir el **comercio y suministro**. Resulta curioso por lo tanto, que el Código penal fuera sancionado sin un solo artículo expreso que contuviera aquella expresión: sea para comprender a los estupefacientes desde una perspectiva general, sea para considerarlos particularmente por medio de palabras que, con respecto a ellos, vienen a estar en relación de género a especie. Y todo ello ocurre en el país en 1921, a pesar de que en 1912 ya se había puesto de manifiesto por la Convención de La Haya, la preocupación internacional sobre el punto y cuya finalidad era limitar la producción del opio.

Desde el Proyecto Tejedor hasta el de 1941, bajo los términos "sustancias nocivas" o "mercaderías peligrosas", podía y debía llegar el intérprete a la conclusión que allí estaban comprendidos los estupefacientes. Pero aunque ello fuera cierto, no era necesariamente probable que la represión se concretara en acto judicial porque el Código de 1921 supeditaba la punibilidad de la venta, entrega o distribución de tales mercaderías peligrosas para la salud, a una condición: que **el hecho de ad-**

* El presente trabajo contiene el texto de la conferencia pronunciada por el autor en el "Curso sobre toxicomanías", organizado por la Facultad.

quirirlas tuviera como resultado un engaño a raíz de la simulación del carácter nocivo. En una palabra, una especie de fraude. Vigente el Código, en 1923 se ventiló un proceso en la Capital Federal que concluyó en la Cámara del Crimen. El tribunal en esa oportunidad estableció la siguiente doctrina: el art. 201 —ni ningún otro del Código— prevé el caso del que, a sabiendas, y sin engañar sobre sus bondades, venda o entregue a terceros, que también saben lo que compran, cocaína o cualquier otro alcaloide, por más nocivos que ellos sean. Es una deficiencia, concluía la Cámara, de nuestra legislación que no pueden los jueces suplir haciendo aplicación analógica. La decisión, como era lógico esperar, repercutió de inmediato en las esferas legislativas, y así el Diputado Bard presentó en ese año de 1923 un proyecto que dio base a la Ley 11.309, que sería sancionada en 1924.

Esta ley tuvo por fin llenar un vacío del Código en el sentido de reprimir a quien, estando autorizado para ía venta, vendía, entregaba o suministraba alcaloides o narcóticos sin receta médica, alcanzando la pena al médico que recetaba y al farmacéutico que despachaba dosis mayores que las que la farmacopea establecía.

No obstante, como se verá, los hechos rebasarían las previsiones legales.

A pesar de que en 1920 la Cámara del Crimen había dictado un fallo absolutorio relativo a un caso de tenencia de estupefacientes, ni el Código penal, ni la Ley 11.309, que fuera sancionada expresamente para llenar vacíos legislativos, contemplaron la posibilidad de imputar, además de las acciones previstas por la última, el **simple hecho de tener esas sustancias**.

Tendrían que pasar dos años antes que el Parlamento sancionara otra disposición porque, evidentemente, el castigo sólo estaba reservado, desde el punto de vista genérico, a la **venta e introducción** de alcaloides.

A raíz de una serie de allanamientos que se produjeron en el año 1925 y a requerimiento de la Cámara de Diputados, el Jefe de Policía de la Capital Federal advertía que la Ley 11.309 resultaba insuficiente porque justamente no contemplaba la hipótesis del que, sin dedicarse a la venta, entrega o suministro, tenía en su poder las drogas comprendidas en el régimen legal.

Recién el 16 de julio de 1926 vio la luz la que lleva el número 11.331, que reprimía a quienes tenían en su poder alcaloides o narcóticos y no justificaran la razón legítima de su posesión o tenencia. Esas leyes tuvieron vigencia en la República hasta el 1º de abril de 1968, fecha en que fueron derogadas por la Reforma Penal del año anterior, acontecimiento que vino a actualizar los tipos de delitos de acuerdo a los compromisos internacionales asumidos por la Argentina en 1963, y aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre estupefacientes en 1961.

Esta síntesis demuestra que toda la materia vinculada al suministro como al tráfico de estupefacientes no fue objeto de mayores cuidados ni meditaciones serenas por parte del legislador. El panorama, lejos de mostrarse claro, ofrecía, siguió y sigue presentando un cuadro permanente de inseguridades originado por vacíos descubiertos a destiempo, unas veces; otros por retrocesos realmente increíbles por derogaciones precipitadas; finalmente por defectos de redacción —diríamos— por la urgencia con que fueron sancionadas las leyes represivas en una materia tan importante como es la que comprende la seguridad común, la seguridad de todos.

La doctrina y la aplicación práctica de los instrumentos de 1924 y de 1926, revelan que estas afirmaciones no resultan ligeras ni arbitrarias. Basta sólo recordar un caso que concluyó con el sobreseimiento de un médico de Buenos Aires, que durante 1944 había recetado heroína equivalente a la tercera parte del consumo total de dicha droga en el país, y para ese año.

Tratándose de estupefacientes, sea en cuanto se mire al aspecto del tráfico ilícito como al suministro, está en juego la salud pública y de ésta, un aspecto muy pero muy particular como significativo: el hombre mismo; su salvación, su degradación o muerte.

Es por eso que cuando se castigan hechos vinculados con los estupefacientes, se protege la salud de la población en su **aspecto físico y moral, en razón de que el consumo no medicamentado de tales sustancias constituye un mal grave para el individuo no sólo en el orden puramente material, sino por las consecuencias que acarrea en el plano psicológico y por constituir un factor degradante de la propia personalidad en cuanto está referido a la relación de la persona con el mundo de los valores.**

La Ley 20.771, sancionada el 26 de noviembre de 1974, es susceptible de serias observaciones que trataremos de señalar en el curso de esta exposición. Por ahora, a título introductivo podemos decir que llama la atención la carencia de uniformidad en los tiempos de verbos con que el legislador ha señalado las acciones punibles. Si la cuestión terminara aquí sería, desde luego, mínima. Pero ya se verá a las consecuencias que este instrumento jurídico permite arribar, no obstante haber entendido el miembro informante, Diputado Porto, que con dicha regulación ningún traficante escaparía de las redes represivas.

Comencemos, pues, por el principio. Según resulta de la Convención Única sobre estupefacientes de las Naciones Unidas de 1961 y la Ley 16.478 que la aprobara, nuestra legislación debe contener disposiciones que hagan, en términos generales, a la circulación de estupefacientes, es decir, a la regulación de la punibilidad desde sus comienzos, hasta que, pasando por diferentes estadios, llega al consumidor. Es que todo un sistema de producción no autorizado debe ser reprimido. En este sentido, la misma Convención da pautas a los Estados para que elaboren normas

retributivas con el objeto de que todo un proceso y cada uno de sus aspectos, declarados ilícito internacional, no quede sin la adecuada represión.

En el art. 2 de la Ley vigente se reprime con prisión de tres a doce años al que siembre o cultive plantas para producir estupefacientes.

La primera forma, la más elemental, consiste en esparcir la semilla en la tierra para que germine. La segunda, en dar a la tierra y a las plantas, las labores necesarias para que fructifiquen. El cultivo, como trabajos y labores, comienza inmediatamente de concluida la siembra, aunque no exista todavía la planta; y se estará en presencia de esta acción porque la misma comprende el hecho de dar a la tierra la faena para que el vegetal fructifique. Vale decir, para que produzca utilidad.

La ley reprime al que siembre o cultive **plantas**, a condición de que las mismas sean utilizables para producir estupefacientes. Desde luego que se trata de **materias primas** y son: la adormidera; el arbusto de coca, y la planta de cannabis.

Todo ello constituye la materia prima y como en los planos internacional e interno, por cultivo se entiende el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis, resulta que la ley penal no tiene por qué decir que el que cultivare plantas, sino simplemente castigar al que cultive materias primas.

El régimen jurídico actual, en esta misma disposición, castiga al que **guarda semillas utilizables para producir estupefacientes**. La conducta debe ser objeto de diferenciación del hecho de **tener**, acción que es castigada en el art. 6, por la sencilla razón de que si se han empleado dos voces distintas, lo natural es que con ellas no se digan conceptos iguales. **Guardar** implica tener, pero además tener en conservación de manera que lo que se guarda sea mantenido en buen estado para que no sufra alteraciones. Con respecto a las semillas, el autor deberá poner el celo necesario para que no pierdan las respectivas propiedades ya que según lo exige la ley, deben ser **utilizables para producir estupefacientes**. De manera entonces que si desde el punto de vista de la calidad intrínseca las semillas no son aptas porque han perdido su propiedad, la cuestión quedará prácticamente terminada en razón de que en esas condiciones los estupefacientes no se podrán producir según lo demanda la norma objeto de consideración. Pasamos por alto el dolo específico de la figura porque el hecho de guardar tiene que ser compatible con la finalidad de producir este tipo de sustancias.

La siembra, el cultivo de la materia prima o el hecho de guardar semillas tiene que serlo para producir estupefacientes.

Y bien: ¿Qué se entiende por producir? Esta expresión tiene un sentido técnico jurídico porque, aunque en términos generales, se traduzca como la acción de elaborar o hacer cosas por medios manuales o mecánicos, jurídicamente quiere decir otra cosa. Según lo ha definido la Convención

de las Naciones Unidas y aceptado luego entre nosotros por ley aprobatoria, **produce** estupefacientes el que separa el opio, las hojas de coca, la cannabis y la resina de cannabis, de las plantas de que se obtienen; es decir de la adormidera, de la planta de cannabis y del arbusto de coca. Eso, y nada más que eso, significa producir. El mismo artículo 2 hace expresa referencia a la **materia prima**. En esta cuestión pueden presentarse algunos problemas porque, como ya hemos dicho, esta categoría comprende a las plantas. Pero como éstas, las plantas, han sido mencionadas en función del cultivo, no puede entenderse que la ley ha repetido lo que dijo anteriormente. De lo contrario importaría leer así el texto: cultive plantas, cultive materias primas. Lo más razonable, a nuestro juicio, es que el párrafo se lea así: guarde materias primas.

Pero, y aquí viene la cuestión: ¿Qué es una materia prima que a la vez no es una planta? No será posible decir que es aquella de donde es posible extraer estupefacientes porque a veces hay ya estupefacientes de donde pueden extraerse todavía más estupefacientes. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con la hoja de coca que como tal adquiere el ser de aquéllos y de la que pueden extraerse la ecgonina, la cocaína o cualesquiera otros alcaloides de ecgonina.

Materia prima será, por ejemplo, la **paja de adormidera**, o sea todas las partes, salvo las semillas, de la planta de adormidera que permite la existencia del **concentrado de paja de adormidera**, estupefaciente que se obtiene cuando la paja ha entrado en un proceso para la concentración de sus alcaloides.

La última parte del art. 2°, letra a) hace referencia a la punibilidad del hecho de **guardar elementos destinados a la elaboración de estupefacientes**.

Antes de analizar el hecho punible, conviene decir que este tipo de sustancias no se elaboran sino que, o bien se producen en el sentido ya visto, o se **fabrican**. Esto porque así lo dispone la Convención Unica y nuestro Derecho interno al haberla ratificado. La acción de fabricar se traduce en todo tipo de procedimiento distinto de la producción por el cual se obtienen estupefacientes, incluidos la refinación y la transformación de unos en otros.

Ahora podemos preguntarnos qué debe entenderse por elaborar. La respuesta es clara y sencilla: quiere decir fabricar porque es un procedimiento distinto de producir y que como tal, cae dentro del amplio concepto de la fabricación. De manera pues que mirando ahora a la letra b) de este artículo resulta que la ley ha cometido una torpeza en castigar acciones idénticas porque el hecho de extraer o preparar estupefacientes cae bajo la acción de fabricar. Pensamos que si el legislador hubiera conocido el concepto jurídico con seguridad no hubiera dicho dos veces la misma cosa: extraer y preparar es fabricar.

Volviendo ahora a los elementos destinados a la fabricación y a su guarda, diremos que lo hace, quien objetiva y subjetivamente tiene en su poder aquello que es necesario para poner en marcha procesos mediante los cuales se obtienen, se refinan o transforman los estupefacientes.

En letra e) de esta misma disposición la ley reprime al que **introdujere al país o sacare fuera de él estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración.**

Esta fórmula como podrá advertirse a continuación resulta desafortunada.

¿Qué pasará si la acción recae sobre materia prima? La respuesta es otra vez clara y sencilla: nada; no podrá pasar nada, simplemente porque el hecho no ha sido previsto. Y como ya hemos considerado que la materia prima no es estupefaciente el olvido resulta grave, al menos que se considere que el hecho de sacar por ejemplo plantas de adormidera o de cannabis resulte beneficioso porque de esa manera se impide que en el país se fabriquen estupefacientes y que por lo tanto haya menos consumidores. Pero esto, aunque grave y serio, representa menos gravedad del mal que se ha hecho con la expresión **sacare**.

Pero veamos primero la **introducción con destino ilegítimo**. Si se trata de un sujeto cualquiera, el hecho se consuma con el solo introducir al país drogas toxicómanas porque de ninguna manera puede aceptarse que un particular puede lícitamente moverse en este tipo de operaciones.

En relación a los **importadores autorizados**, lo que decide la delincuencia es el destino ilegítimo, porque la infracción no consiste en introducir clandestinamente la sustancia en cuestión. Mirando a esta posible categoría de autores, el tipo supone legitimidad aduanera en el acto de introducción, pero lo que decide el punto es el destino. Así, cometerá el delito quien introduce sustancias para la preparación de medicamentos o para ensayos en laboratorios con fines de investigación y luego las destina al tráfico ilícito. En este aspecto puede decirse que la doctrina nacional es uniforme. En lo que puede existir alguna discrepancia es en cuanto al contrabando calificado. Aquí la opinión no es coincidente porque mientras SOLER piensa que se trata de un concurso real, NUÑEZ piensa lo contrario. Pero, salvo lo último, todo resulta bastante claro.

Veamos, ahora, la restante acción: se reprime al que sacare del país sustancias estupefacientes. Si así ha quedado redactada la prohibición, querrá decirse ni más ni menos, que la infracción se consuma cuando la **sustancia ha salido porque ha sido sacada del país**. Y la consecuencia de todo ello es la siguiente: el momento consumativo está tan bien caracterizado, tan bien precisado, que coincide exactamente en el preciso momento en que la cosa ingresa a una jurisdicción extraña regulada por las leyes del país a que pertenece. Así, tal como suena. En síntesis, cuando la ley argentina ya no puede aplicarse por el principio territorial ni por el principio real o de defensa.

La consecuencia de todo esto es la siguiente: hasta ese instante sólo podrá hablarse de tentativa pero no de consumación porque el estupefaciente todavía no fue sacado, sino que estaba por serlo. Así las cosas, resulta que con esta figura, más grave que algunas otras, ha ocurrido algo muy curioso: con el afán de no dejar nada impune, como creía el Diputado Porto, sucede todo lo contrario ya que, en el mejor de los casos, el traficante, cuando sea sorprendido tratando de sacar, sólo será punible o acreedor a una pena, que no podrá ser mayor de dos años ni superior a seis. Otra vez: así, tal como suena.

Si se hubiera sido más cuidadoso o quizá más previsor, con seguridad hubiérase preferido el empleo del verbo **enviar** porque con él el delito se consuma desde la puerta de calle, sin necesidad de aquello otro.

En este transitar por la ley vamos a considerar una forma particularmente punible para demostrar la incongruencia del sistema legal argentino. Es delito el hecho de **aplicar a otro sustancias estupefacientes**, según lo dispone este mismo art. 2, letra d). Pero, ¿siempre es punible? Pareciera que, al no hacerse aclaración alguna, siempre lo es. No obstante, sistemáticamente, a esto hay que confirmarlo.

Para ello se hace necesario saber qué hace el que **aplica**. La respuesta no parece complicada porque, a diferencia del que **consume**, el que a otro aplica **usa** estupefacientes', introduciendo en el cuerpo del prójimo la sustancia en cuestión. Si se advierte que el art. 8° ha previsto formas agravadas en razón de la edad y en razón del modo de empleo, puede decirse que aquí, en el art. 2° se castiga la acción de aplicar, mediando consentimiento de una persona mayor de 18 años. Pero, para que sea punible, el **uso** tiene que haber sido en lugar expuesto al público, o en lugar privado cuando tuviere probable trascendencia a terceros, según reza el art. 7°, letra c). Recuérdese que el que aplica **usa** y esta acción está prevista a ese título por la última disposición que hemos citado.

Y bien, ¿qué pasará si el autor usa el estupefaciente empleando violencia o engaño? Se dirá que el hecho se desplaza al art. 8°, letra b) que ha previsto el empleo de una energía física y un modo fraudulento: el engaño, porque ha determinado que la víctima preste su consentimiento por error. El sujeto activo obra a ocultas pero con falsedad.

De esta nota o exigencia dogmática, puede inferirse que si el sujeto pasivo no es engañado, la agravante no concurre. Y aquí está el **quid** de la cuestión porque si el estupefaciente es aplicado subrepticamente, lo que implica un modo no violento pero artero, entonces ya no hay razón para aumentar el castigo: el que aprovechando que otro duerme le hace inhalar vapores soporíferos no sale del hecho común de aplicar, en razón de que no ha empleado ni violencia ni fraude. Pero se ha comportado casi diríamos con alevosía. Así, tal como suena.

Antes de pasar a la tenencia; al concepto de estupefaciente y a las

medidas de seguridad para toxicómanos, vamos a considerar alguna agravante de las que prevé el art. 8º y 5º de la ley vigente.

En el segundo se castiga al que facilita un lugar para que, por ejemplo, se produzca, se extraiga, se suministre, o para que concurran personas con el objeto de usar estupefacientes. Si se trata de un negocio o de **diversión nocturna** además de la pena que es de reclusión o prisión de tres a ocho años, corresponde la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el doble tiempo de la condena. Como se advertirá, la represión es fuerte. A su vez, el art. 8º se encarga de manera expresa de aumentar todavía más la pena: si por ejemplo alguien consume estupefacientes en las inmediaciones de sitios donde se **realicen espectáculos o diversiones públicas**.

De estas dos cualificantes resulta que en el sistema de la ley hay que tener especial cuidado con el tema relativo a los estados de ánimo de las personas por cuanto esa nota puede influir notablemente en el crecimiento de la sanción retributiva. En primer lugar, debe repararse en el hecho de que la gente así, en general, puede estar contenta porque ha concurrido o puede concurrir a negocios de diversión nocturna y, a esas horas, a divertirse. Debe repararse también no ya en el hecho de divertirse privadamente sino en que tal estado de ánimo se lleve a cabo públicamente, en una especie de contagio y, así, que todos estén alegres porque la diversión es pública. El estar contento es objeto de protección entonces porque las personas que consumen estupefacientes y los que se divierten las ven, les causa una tristeza, y por eso pasan a estar menos contentas o menos divertidas que antes.

Sistemáticamente el polo opuesto también está contemplado: la agravante funciona cuando el hecho se comete en las inmediaciones de un lugar de detención. Aquí se protege al que está triste, al deprimido porque se halla injustamente o con razón, privado de su libertad personal.

En síntesis, para que la facilitación de un local o de un lugar no salga de los límites de tres a ocho años de prisión debe tratarse de un sitio donde la gente no esté divertida. Así, por ejemplo, no será calificada la conducta de quien averiguase las direcciones de funerarias y fuese allí a distribuir la droga; simularía asistir al velatorio de un pobre cristiano fallecido pero no se encontraría jamás dentro de un local en que se realizan diversiones públicas. Tampoco funcionaría la agravante del art. 8º si la acción delictiva tuviera lugar en un cementerio, o mientras se realizara un oficio religioso.

Para concluir con el tema de las agravantes nos referiremos ahora a la última hipótesis del art. 8º, que al concluir el oscuro repertorio, prevé una cláusula un tanto insólita.

Es cierto sí que el Código penal considera a menudo ciertas calidades personales para aumentar el reproche. Pero es muy cierto también que a veces esa calidad no vale per se, sino cuando guarda una estrecha re-

lación con la propia víctima; bervi gracia, cuando el autor de la violación resulta ser un ascendiente, sacerdote, o el encargado de la educación o guarda de aquélla. Eso tiene sentido y eso vale.

Lo contrario sucede con esta agravante porque no se sabe por qué no ha incluido por ejemplo, a los ministros de una religión, o al propio ascendiente o al cónyuge, en su caso. ¿Cómo se ha omitido esa relación y se ha incluido por ejemplo al portero o al jardinero de un colegio, por el hecho de ser ambos empleados de un establecimiento educacional? Si no se pone cuidado en la interpretación pueden ocurrir situaciones como ésta: Si el portero comete el delito en perjuicio de su propia hija mayor de 18 años, porque, por ejemplo, le aplica estupefacientes aun subrepticiamente, el hecho no sale de los límites del art. 2. Pero si hace lo mismo con otra persona que presta su consentimiento, entonces las cosas cambian porque no ha cometido el delito como padre sino simplemente como portero de un colegio.

Para nosotros, el texto puede ser corregido por vía interpretativa y autor sólo podrá ser un docente, educador o empleado que tenga vinculación directa con la enseñanza o formación docente del educando. Pero debe ser en todo caso, empleado de establecimiento educacional. Si se trata de un docente privado, entonces ya todo se echa a perder por esa sola circunstancia.

Si el sujeto activo comete el delito en perjuicio de un menor de 18 años, la conducta cae atrapada por el inc. a) del art. 8°. De manera entonces que, frente a la víctima, en la hipótesis que contemplamos, tiene prácticamente que haber, diríamos, cumplido con su servicio militar.

Pasemos ahora a la tenencia de estupefacientes. Este tema es complejo no sólo porque la sustancia de que se trata puede ser tenida por una variedad importante de sujetos, sino porque en función del auto consumo o de la propia tenencia debe seguirse una adecuada política criminal. En este aspecto, no parece que el traficante deba merecer igual retribución que quien no lo es y que el toxicómano deba afrontar, si debe, igual punibilidad que aquél que no depende física ni psíquicamente de esta categoría de veneno.

Pero nos preguntamos no por el que tiene estupefacientes sino por aquél que **tiene materia prima**. Otra vez la respuesta es clara y sencilla: nada, absolutamente, porque el texto ha excluido a todo lo que no sea estupefaciente. Y como en el sistema de la ley se distingue entre unos y otros, la regla será: cuando algo resulta no comprendido, la acción no es punible.

Sujeto activo puede ser en primer término el toxicómano porque no se lo libera de pena por esa condición. Más aún, el art. 9 admite que puede ser condenado por los delitos de esta ley y por otros que eventualmente cometiere. Puede ser autor, porque comete el hecho que describe el art. 6° el que, sin haber adquirido el estado de toxicomanía, es

un sujeto en estado de habituación. También puede serlo cualquier otra persona que sin ser consumidora tenga esas sustancias por si se decide consumirlas, y también puede ser autor el propio traficante que tenga para venderlas y en esas condiciones sea sorprendido.

Pues bien: llama la atención que sujeto activo puede ser cualquiera, porque la pena es idéntica para todos los casos.

Pero todo esto, aunque de importancia, no decide otra cuestión: la de saber si el toxicómano resulta punible y en qué casos. Dícese que alguien es toxicómano o que es víctima de toxicomanía, cuando ha adquirido un estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo repetido de una droga. Ese estado se caracteriza por: un invencible deseo o necesidad (compulsión) de seguir tomando la droga y obtenerla por todos los medios; por una relación de dependencia psíquica (psicológica) y generalmente física respecto a los efectos de la droga, por último, en una tendencia a aumentar la dosis.

Lo que se ha discutido en el país y se sigue discutiendo aún frente a la ley vigente, es si el toxicómano debe ser punible cuando tenga sustancias estupefacientes para un uso personal. Autores como SOLER y FONTAN BALESTRA, se inclinan por la impunidad porque no estando incriminada la auto lesión, la tenencia del tóxico resultaría un acto preparatorio.

Otros autores rechazan la tesis, porque ven al vicioso como un medio de difusión de ese vicio. Esta es la opinión de NUÑEZ.

Frente a todo ¿qué pasará, entonces, si el toxicómano tiene en su poder estupefacientes? La ley condena el hecho aunque los tuviera para su uso personal. Sin embargo, a esto hay que meditarlo.

Supóngase una primera hipótesis: el toxicómano es habido en la vía pública bajo el efecto de la ingestión. Desde ya que semejante hecho no es punible porque ninguna disposición de la ley dice lo contrario. Cuando mucho habrá que averiguar si el estupefaciente fue usado en lugar expuesto al público o en lugar privado con probable trascendencia a terceros.

Y nos preguntamos: ¿Qué pasa con la **tenencia** que **tuvo** para ingerir? ¿Cómo ingerir, que es lo más, sin tener, que es lo menos? La única hipótesis es que otro aplique la sustancia. Pero como ya se ha visto sólo es punible el que esto hace, y no el que consiente el acto. ¿Cuál es entonces la diferencia entre tener para consumir sin el auxilio de nadie y no tener pero ingerir igual cantidad en el supuesto contrario? ¿Cuál es la sutileza que fundamenta la incriminación y su antítesis? Nosotros no la vemos.

Ahora vamos a considerar en qué supuesto el toxicómano resulta excluido de la imputación, y, por lo tanto, fuera de toda consecuencia penal. Para nosotros eso sucede cuando el paciente tiene en su poder una cantidad (no más) que es estrictamente compatible con la que, según el

curso natural y ordinario, sea capaz para ese caso, de producir consecuencias inmediatas conforme a lo que el estupefaciente origina. Esto quiere decir, en relación a la cantidad que no debe tratarse de cualquier cantidad, sino la estricta (máxima) que sea compatible para ese caso, y relacionada con un (no dos ni tres) consumo personal y propio.

Este supuesto resulta impune frente a la ley 20.771 porque no estando reprimido el autoconsumo privado, el hecho de tener para consumir representa entonces un acto preparatorio impune, de una "consumación", impune también.

Claro que todo esto podría observarse, y decirse entonces: ¿Qué es lo que cabe hacer entonces con este sujeto? La respuesta no es tan complicada porque se trata de una cuestión policial. Ese toxicómano puede ser internado compulsivamente por disposiciones del C.C.

Fuera de esta hipótesis excepcional, el toxicómano será punible cuando cometa cualquier acción delictiva del tráfico, aunque sea para su uso personal.

Para poder estar comprendido en el extremo anotado, habrá que ser toxicómano y no cualquier otra cosa. Queda al margen, todo otro estado que no asuma ese extremo. Así, por ejemplo, quedará sujeto a la imputación aunque tenga una dosis para consumo personal, quien padezca de habituación porque se trata de un estado originado por la administración repetida de una droga, traducándose en las siguientes características: 1) Deseo (no una compulsión) de seguir tomando la droga por la sensación de mayor bienestar que produce; 2) Una tendencia escasa o nula de aumentar la dosis; 3) Cierta grado de dependencia psíquica respecto a los efectos de la droga, pero nunca una dependencia física con el consiguiente síndrome de abstinencia.

Como penúltima cuestión a considerar, trataremos el concepto de estupefaciente.

El art. 10 de la Ley sancionada en 1974 dispone: el término estupefacientes comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente.

A partir de la Ley 17.818 sobre estupefacientes, el problema se ha simplificado porque no resulta tan difícil saber si algo es un estupefaciente en razón del sistema represivo y que no es otro que el mismo de la Convención Unica. Basta que la sustancia de que se trata se halle comprendida para que el asunto quede concluido.

Desde un punto de vista formal puede decirse que una sustancia participa del ser del estupefaciente, cuando ella o una droga o un preparado ha sido calificado como tal por la ley, o lo ha sido por la autoridad administrativa, quedando sujeto a la fiscalización y contralor en lo

que hace a la elaboración, fraccionamiento, circulación, importación o exportación.

De acuerdo a este concepto, que es desde luego un concepto jurídico, no resulta elegante, o al menos claro, qué la ley penal diga que el término estupefaciente comprende a los estupefacientes, porque nada que no sea un estupefaciente, puede serlo. Ello, naturalmente, sin negar que pueda llegar a serlo.

Si se quería interpretar, mejor dicho volver a interpretar lo interpretado, podría haberse simplemente dicho: por estupefaciente se entiende toda sustancia natural o sintética contenida en las listas anexas, o aquellas otras que la autoridad sanitaria nacional resuelva incluir.

Una sustancia estupefaciente es siempre, en todos los casos, mala por sí misma dado que atenta contra la salud física y moral de la humanidad. Ello, porque no tiene propiedades curativas, y porque sólo sirve, administrada bajo contralor médico, para mitigar el dolor humano.

Como sucedía con la anterior hipótesis, la sustancia psicotrópica también es susceptible de ser conceptualizada jurídicamente y así resultará que ambas categorías son distintas.

Desde un punto de vista formal, y según la ley 19.303, psicotrópico es toda droga, preparado y especialidad farmacéutica establecido por la ley, o aquél que la autoridad administrativa resuelva calificarlo como tal, y sujeto a fiscalización y contralor en cuanto a su fabricación, fraccionamiento, circulación, importación, exportación, expendio y uso.

Ya podrá advertirse la similitud de esta categoría con la anterior y pareciera por ello, que ambas son una misma cosa; más aún, si se acepta que la ley penal dice que el término estupefaciente comprende a los estupefacientes y a los psicotrópicos. No obstante, una total equiparación, puede llevar a situaciones un tanto ridículas.

Si tratamos de interpretar el texto legal razonablemente podemos decir que el psicotrópico será estupefaciente sólo cuando valga como tal.

Según el convenio de Viena de las Naciones Unidas, que luego dio base a la Ley 19.303 de Derecho Interno, con este tipo de sustancias sucede algo parecido que con los estupefacientes, pero no siempre igual. Debe observarse como punto de partida que el uso de los psicotrópicos es indispensable para uso médico. Esta nota ya permite inferir que esta categoría no es siempre mala por sí misma como pasaba con aquella otra, sino que puede llegar a serlo. Esto sucede con ciertos psicotrópicos porque el uso indebido de los mismos origina problemas sanitarios y sociales en razón de que produce: 1) un estado de dependencia; 2) estimulación o depresión del sistema nervioso central que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio, del comportamiento, de la percepción o del estado de ánimo.

Y bien, ¿Cuáles serán, entonces, los que acarrear semejantes consecuencias? La respuesta es a nuestro juicio sencilla: será toda sustancia

calificada como psicotrópico cuyo uso, circulación, expendio, fabricación, fraccionamiento, exportación o importación haya sido prohibido. Por ejemplo el L.S.D., la mescalina o la psilocibina.

Salvo este caso, la sustancia objeto de análisis posee propiedad terapéutica, pero, como el consumo no medicamentado puede constituir un problema sanitario y social, se ha considerado que sólo su uso o consumo procede de acuerdo a ciertas exigencias impuestas por la ley para cada caso. De ahí que se ponga especial cuidado en la fabricación, elaboración, expendio y consumo. En estos supuestos el psicotrópico puede ser malo; no por lo que es, sino por la cantidad en función del tiempo máximo durante el cual se puede consumir. Aquí se encuentran las diferentes líneas anfetamínicas.

Sintetizando, pues, los psicotrópicos que valen como estupefacientes son los que se hallan establecidos por la ley dentro de las listas I y II de la Ley 19.303, o los que la autoridad sanitaria resuelva allí ubicar. Por el contrario, la equiparación no funcionará cuando se trate de idénticas sustancias pero pertenecientes a las listas III y IV. Por ejemplo el mandrax o el dislembal.

Ahora, y para concluir, nos referiremos a la medida de seguridad curativa para toxicómanos.

El art. 9 de la Ley vigente establece, quizá con cierta pompa que cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, le corresponderá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación adecuado y los cuidados terapéuticos que requiera su rehabilitación.

Y decimos con cierta pompa, porque como ha observado NUÑEZ, la regla corre el riesgo por lo menos en la mayor parte del territorio del país, de ser una nueva declaración teórica en razón de que faltan los institutos especiales para su aplicación. Y la razón asiste a NUÑEZ.

Pero dejando de lado la cuestión de infraestructura correspondiente, digamos que esta providencia no se identifica totalmente, al menos, con la medida de seguridad propiamente dicha. Consiste, según el texto, en un tratamiento de desintoxicación adecuado, además de los cuidados terapéuticos que requiera la rehabilitación de! que, habiendo sido condenado, dependiere física o psíquicamente de estupefacientes.

Desde el punto de vista sistemático, la disposición no importa modificar el art. 34, inc. 1º, del C.P., porque en éste se parte de la base de que el sujeto es absuelto por inimputabilidad. Aquí sucede todo lo contrario: se parte de la base de que el sujeto es condenado, vale decir que se está en presencia de una persona que, teniendo poder para comprender, ha comprendido la criminalidad del hecho y dirigido libremente sus acciones. De ello resulta que el estado de toxicomanía no es una nueva

causal de inimputabilidad porque no tendría mayor sentido y sería muy torpe reprimir a un incapaz de actuar culpablemente.

En este aspecto podría quizá plantearse el tema en relación a la imputabilidad disminuida. No obstante, la ley no da mayores bases para encarar la cuestión porque no ha establecido si al toxicómano, por su menor comprensión o por la menor posibilidad de gobernar su propia conducta le son aplicables ciertas y determinadas atenuantes en relación a la pena, como tampoco ha establecido otras medidas de seguridad en razón de la peligrosidad que represente.

A pesar de que oficialmente se ha entendido que todo drogadicto es potencialmente un traficante de drogas, lo cierto es que, en definitiva, sólo puede ser objeto de tratamiento curativo en razón de su enfermedad pero no en función de su peligrosidad.

Veamos, en síntesis, qué dice el texto legal. Como requisito previo, establece que el autor haya sido condenado por la comisión de cualquier delito. Con ello se hace referencia a los que están aquí previstos como a cualquier otro. Pero la cláusula no dice por cualquier hecho punible, sino por cualquier delito; y es por ello que quedan al margen las contravenciones.

El toxicómano puede haber sido condenado como autor, cómplice o instigador. Subjetivamente, por una infracción dolosa o culposa. Pero en todo caso, deberá mediar condena, posibilidad que queda excluida si concurre una excusa absolutoria o porque la acción se encuentra prescripta.

El condenado debe padecer un estado de dependencia física o psíquica, esto es, la consecuencia manifestada por la administración o consumo repetido de la sustancia, en forma periódica o continuada.

En este sentido, la medida curativa se aplica para que en el autor desaparezcan los efectos operados en el plano material, psicológico y moral, por causa del consumo repetido de estupefacientes, y para que su personalidad revierta al mundo de los valores.

En principio, y en relación al tiempo, la medida es indeterminada y se prolonga durante el lapso durante el cual sea necesaria una acción terapéutica. Pero, a decir verdad, y nada más que la verdad, todo esto es a medias porque después de tan claros y categóricos enunciados el sistema comienza a desvanecerse. Así pasa porque en última instancia, la medida no puede llegar más allá de la pena: no podrá, dice el art. 9, exceder de su término.

Así las cosas, la ley se ha encargado expresamente de embarullar todo: el tratamiento curativo no puede en ningún caso exceder del término de la pena, aunque el sujeto no esté curado ni rehabilitado. ¿Se quiere algo más incongruente?

Estas mortificantes disposiciones resultan de la ingenuidad o precipitación legislativa. Si se hubiera procedido con mejor estudio y menos superficialidad, hubiérase preferido esta fórmula: se aplicará por tiempo indeterminado y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que establezcan que la persona sujeta a la medida está ya rehabilitada o, cuando menos, alcanzado un grado aceptable de rehabilitación.